

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

#### 1.7. Allgemeines Verwaltungsrecht/ Droit administratif général

##### 1.7.1. Organisation und Verfahren/ Organisation et procédure

#### BVGer A-3504/2016: Anspruch auf Unbefangenheit im Verantwortlichkeitsverfahren vor der FINMA – Organi- sationsfragen und Ausstandspflichten

Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-3504/2016 vom 8. November 2017, A. gegen *Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA*, Staatshaftungsklage gegen die FINMA – Sistierung des Verfahrens.



MIRINA GROSZ\*

### I. Sachverhalt

A., Alleinaktionärin von B., der Westschweizer Lebensversicherungsgesellschaft Zenith Vie SA, die sich heute in Liquidation befindet, reichte am 4. Dezember 2015 bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA eine Entschädigungsforderung in der Höhe von ungefähr CHF 75 Millionen ein. Zusätzlich stellte sie ein Gesuch um Einsicht in das Dossier über die gegen B. geführten Aufsichtsprüfungs- und Enforcementverfahren. Das Staatshaftungsbegehren begründete A. im Wesentlichen mit den Auswirkungen der Verfahren, welche die FINMA gegen die Lebensversicherungsgesellschaft eingeleitet hatte. Die FINMA hatte nämlich verschiedene Massnahmen angeordnet: Mit Entscheid vom 5. Dezember 2014 übertrug sie den Versicherungsbestand und das zugehörige gebundene Vermögen auf ein anderes Versicherungsunternehmen.<sup>1</sup> Zudem entzog die FINMA Zenith Vie SA mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 die Bewilligung und eröffnete

den Konkurs.<sup>2</sup> Im Februar 2015 informierte die FINMA ausserdem die zuständigen Strafverfolgungsbehörden des Kantons Genf über Verfehlungen einiger Organe des Versicherungsunternehmens.

Am 8. Januar 2016 teilte die FINMA der A. mit, das Verantwortlichkeitsverfahren sistieren zu wollen, und setzte ihr Frist, um Stellung zu nehmen. Als Grund für die Sistierung nannte sie die verschiedenen hängigen Verfahren, die geeignet seien, die Beurteilung der Entschädigungsforderung zu beeinflussen. Im Laufe des darauffolgenden Schriftverkehrs stellte sich A. u.a. auf den Standpunkt, sich nicht zur Sistierung äussern zu können, ohne Einsicht in das vollständige Dossier zu erhalten, und wiederholte ihr Akteneinsichtsgesuch. Der Zugang zu den Akten sei im Übrigen auch notwendig, um Beweissicherungsbegehren formulieren und die Entschädigungsforderung stützen zu können. Die schliesslich von der FINMA vorgebrachten Unterlagen erachtete A. als unvollständig, weshalb sie am 12. April 2016 Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichte; das Verfahren A-2252/2016 ist nicht Gegenstand dieser Urteilsbesprechung.

Auslöser für das hier interessierende Urteil war die Zwischenverfügung der FINMA vom 29. April 2016, mit welcher sie das Verfahren zur Prüfung des Staatshaftungsbegehrens von A. sistierte, und zwar bis zur Klärung der Rechtslage im Verfahren vor Bundesgericht, im Genfer Strafverfahren sowie im Konkursverfahren. Dagegen erhob A. am 1. Juni 2016 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. A. machte geltend, der Direktor der FINMA habe die Ausstandsvorschriften verletzt. Weil er sowohl über die Eröffnung als auch über den Abschluss des Enforcementverfahrens entschieden habe, dürfe er nicht zusätzlich mit dem Verantwortlichkeitsverfahren befasst sein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde von A. mit Urteil vom 8. November 2017 gutgeheissen und die Nichtigkeit des FINMA-Entscheids vom 29. April 2016 über die Verfahrenssistierung festgestellt. Wie sogleich aufgezeigt wird, hat es strukturelle Mängel in der Organisation der FINMA deutlich kritisiert und die vorgebrachte Verletzung der Ausstandsvorschriften bestätigt; mit Fragen zur Staatshaftung hat sich das Gericht nicht befasst.

Die FINMA hat das Urteil akzeptiert. A. reichte indes- sen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die zugesprochene Parteientschädigung beim Bundesgericht ein, das die Beschwerde mit Urteil vom 15. Mai

\* MIRINA GROSZ, Dr. iur., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

<sup>1</sup> Grundlage dieser Massnahme war Art. 51 Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01). Das Bundesverwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde von A. für unzulässig erklärt und dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht bestätigt (vgl. BVGer, B-401/2015, 18.8.2015, und BGer, 2C\_872/2015, 1.8.2016). Das Bundesgericht wies ausserdem auch das Revisionsbegehren von A. ab (BGer, 2F\_27/2016, 15.6.2017).

<sup>2</sup> Art. 53 Abs. 1 VAG sieht dieses Vorgehen vor, wenn begründete Besorgnis besteht, dass ein Versicherungsunternehmen überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat und keine Aussicht auf Sanierung besteht bzw. diese gescheitert ist.

2018 als unzulässig beurteilt hat.<sup>3</sup> Nachfolgend interessiert der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts.

## II. Erwägungen

### A. Das Gericht tritt auf die Beschwerde ein

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zu untersuchen, ob die von A. erhobene Beschwerde gegen den Sistierungsentscheid der FINMA als selbständig eröffnete Zwischenverfügung insbesondere gestützt auf Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG<sup>4</sup> zulässig war. Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass bei Sistierungsentscheiden zwei Situationen zu unterscheiden sind:

«[...] d'une part celle où la partie, estimant que sa cause n'a pas été jugée dans un délai raisonnable, se plaint d'une violation de l'art. 29 al. 1 Cst., ou d'une autre garantie correspondante, l'objet du recours pouvant alors être soit une décision expresse – le cas échéant une ordonnance de suspension –, soit le silence ou l'inaction de l'autorité; d'autre part, celle où la partie conteste la suspension de la procédure non pas en invoquant la garantie du jugement dans un délai raisonnable (ou le principe de la célérité) mais en présentant d'autres griefs, par exemple l'inopportunité de cette mesure. Dans la première hypothèse, le Tribunal fédéral considère que la condition du préjudice irréparable est réalisée. Cette jurisprudence s'applique essentiellement aux cas où la suspension de la procédure a été prononcée sine die, pour une durée indéterminée, ou lorsque la reprise de la procédure dépendait d'un événement incertain, sur lequel l'intéressé n'avait aucune prise» (E. 2.3).

In der Folge liessen die Ausführungen des Gerichts jedoch dieses geforderte Mass an Differenzierung vermissen. Das Gericht folgerte nämlich bereits aus dem Umstand, dass die Sistierung für eine unbestimmte Dauer angeordnet wurde (bzw. bis zur Klärung der Rechtslage in drei verschiedenen Verfahren), dass sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerin im Sinne der genannten Rechtsprechung bewirkt habe. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts:

«La suspension de la procédure a été prononcée sine die, soit pour une durée indéterminée. Plus précisément, elle a été suspendue jusqu'à droit connu dans trois procédures distinctes [...]. Si la première condition, soit la clôture de la procédure devant le Tribunal fédéral 2C\_872/2015 en date du 1<sup>er</sup> août 2016 – de même

que la demande de révision 2F\_27/2016 de cet arrêt – est réalisée [...], les procédures pénales et de faillite sont toujours en cours et la recourante n'a aucune emprise sur leur clôture, si ce n'est celle de les retarder en usant de toutes les voies de droit qui s'offrent à elle. Dès lors, au sens de la jurisprudence précitée (cf. consid. 2.3 supra), il y a lieu de constater que la suspension de la procédure prononcée le 29 avril 2016 est de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante» (E. 2.5).

Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Beschwerde als zulässig und trat auf die Sache ein (E. 2.6). Wie aufzuzeigen sein wird, lag diese Schlussfolgerung des Gerichts nicht ohne Weiteres auf der Hand.<sup>5</sup>

### B. Scharfe Kritik an der Organisationsstruktur der FINMA

Zu Beginn der materiellen Prüfung führte das Bundesverwaltungsgericht die in der Sache anwendbaren Rechtsvorschriften auf. Einleitend hielt es in E. 4.1.1 unter Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts<sup>6</sup> fest:

«De manière générale, les dispositions sur la récusation sont moins sévères pour les membres des autorités administratives que pour les autorités judiciaires [...]»

Sodann nannte das Gericht Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 10 VwVG<sup>7</sup>, den Verhaltenskodex der FINMA<sup>8</sup> sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>9</sup> als einschlägige Normen (E. 4.1.1–4.1.3). Nach Art. 13 des Verhaltenskodex vermeiden die für die FINMA tätigen Personen insbesondere im Umfeld von Verwaltungsverfahren jede Äusserung, welche den Anschein begründen könnte, sie seien in dieser Sache befangen. Art. 14 des Verhaltenskodex führt zudem Ausstandsgründe für die bei der FINMA tätigen Personen auf.

Das Gericht hatte zu klären, ob die Mitwirkung des Direktors sowohl im Enforcementverfahren als auch im darauffolgenden Staatshaftungsverfahren eine unzulässige Vorbefassung begründete. Zu diesem Zweck setzte es sich zunächst mit den Aufgaben und Kompetenzen des FINMA-Direktors in beiden Verfahren auseinander: Gestützt auf das Geschäftsreglement der FINMA<sup>10</sup> stellte es

<sup>5</sup> Vgl. unten III.A.

<sup>6</sup> Verwiesen wurde auf BGer, 2C\_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1.

<sup>7</sup> Gemäss Art. 53 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) richtet sich das Verfahren vor der FINMA nach den Bestimmungen des VwVG.

<sup>8</sup> Verhaltenskodex der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht, Stand 1. Juli 2015 (Verhaltenskodex FINMA), <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rechtsgrundlagen/gesetze-und-verordnungen/finma> (Abruf 12.9.2018).

<sup>9</sup> Vgl. dazu unten III.B.2.

<sup>10</sup> Reglement über die Organisation der Geschäftsleitung und der nachgelagerten Bereiche der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Geschäftsreglement FINMA) (Stand: 1. Mai 2017). Die-

<sup>3</sup> Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde nicht eingetreten mit der Begründung, dass die Voraussetzungen für die Anfechtung eines selbständigen Zwischenentscheides im Sinne von Art. 93 BGG nicht erfüllt waren (BGer, 2C\_1054/2017, 15.5.2018, vgl. insbesondere E. 1.4 und E. 2).

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

fest, dass der FINMA-Direktor als Mitglied des «Enforcementsausschusses» (abgekürzt: «ENA»), zusammen mit den Leitern der Geschäftsbereiche «Strategische Grundlagen» und «Enforcement», an der Eröffnung der beiden Enforcemententscheide vom 5. und 12. Dezember 2014 mitgewirkt hatte, auch wenn seine Unterschrift neben derjenigen der beiden Geschäftsbereichsleiter fehlte. Die FINMA hatte diese Tatsache in ihrer Beschwerdeantwort denn auch nicht bestritten (E. 4.2.2). Ferner bestätigte das Bundesverwaltungsgericht, dass der Entscheid über die Sistierung des Verantwortlichkeitsverfahrens vom 29. April 2006 von zwei Personen unterschrieben war, nämlich vom FINMA-Direktor einerseits und vom Leiter des Geschäftsbereichs Strategische Grundlagen andererseits. Bei letzterem handelte es sich jedoch nicht um die gleiche Person, welche auch die Entscheide vom 5. und 12. Dezember 2014 unterzeichnet hatte. Entsprechend wurden gegen ihn auch keine Ausstandsgründe vorgebracht (E. 4.2.3).

Das Bundesverwaltungsgericht konstatierte zudem, dass dem ENA gemäss Geschäftsreglement der FINMA auch die Durchführung des Staatshaftungsverfahrens oblag und sich der Direktor der FINMA (als Mitglied und Vorsitzender des ENA) somit dem Reglement entsprechend verhalten hatte, als er (zusammen mit dem Leiter des Geschäftsbereichs Strategische Grundlagen) im Namen des ENA das Verfahren sistierte. Dabei seien auch die internen Vorschriften über die Doppelunterschrift eingehalten worden (E. 4.3.1).

Das Gericht wählte deutliche Worte, als es in E. 4.3.2 dazu Folgendes ausführte:

«[...] le simple fait que la FINMA elle-même statue sur les demandes d'indemnisation adressées contre elle peut être de nature à soulever des questions en matière de respect des garanties constitutionnelles de procédure [...], étant rappelé qu'en matière d'actions en responsabilité les garanties de l'art. 6 CEDH s'appliquent bien qu'elles relèvent du droit administratif [...]. Dès lors, la FINMA se doit de prendre les mesures organisationnelles nécessaires pour assurer aux assujettis, ou à ceux qui l'étaient, le respect des garanties procédurales précitées.

A cet égard, si l'on peut entrevoir des raisons sous-jacentes quant à la répartition des compétences au sein de la FINMA (dont l'attribution aux plus hautes sphères exécutives du prononcé de décisions portant sur des montants potentiellement considérables), force est de constater que dite autorité a mis en place une organisation qui ne respecte aucunement la garantie constitutionnelle et légale du droit à voir sa cause traitée équitablement [...]. En effet, en confiant à l'organe chargé de prendre des décisions d'enforcement – lesquelles sont de nature à potentiellement créer des

dommages de grande ampleur (pouvant s'élever à plusieurs milliards de francs suisses) – le soin de juger s'il a lui-même occasionné un dommage en violation d'un devoir essentiel de fonction en rendant dites décisions, la FINMA a organisé ses services de façon à ce que l'organe mis en cause juge son propre travail, ne garantissant ainsi en aucune façon le droit à une procédure équitable. En effet, l'on ne perçoit pas comment dit organe peut juger de manière impartiale et équitable quant à savoir s'il a lui-même correctement agi. A tout le moins, il y a lieu de reconnaître que le comité d'enforcement a une opinion préconçue dans les procédures d'indemnisations introduites consécutivement à son prononcé de décisions.»<sup>11</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die FINMA aufgrund ihrer internen Organisation keine Gewähr dafür biete, dass als Folge von Entscheiden des ENA eingereichte Entschädigungsforderungen fair und unparteiisch im Sinne von Art. 6 EMRK und Art. 29 BV behandelt werden (E. 4.3.2 und E. 4.3.4). In den eigenen Worten des Bundesverwaltungsgerichts:

«Il peut donc déjà ici être constaté qu'en raison de son organisation interne, la FINMA, en tant qu'autorité fédérale, n'offre pas la garantie que les procédures d'indemnisation introduites contre elle en raison de décisions de son comité d'enforcement soient menées de manière équitable et impartiale» (E. 4.3.2).

Dabei übersah das Gericht nicht, dass Art. 19 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG)<sup>12</sup> vorschreibt, dass Haftungsansprüche gegen die FINMA direkt bei ihr einzureichen sind.<sup>13</sup> Es führte dazu Folgendes aus:

«[...] il est incontestable que le législateur fédéral a octroyé une large autonomie à la FINMA, de même qu'il l'a chargée de statuer sur les demandes d'indemnisation introduites en raison de ses propres décisions (cf. art. 19 al. 3 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [LRCF, RS 170.32] en lien avec l'art. 19 LFINMA). Il n'y a pas lieu ici de contester la compétence de la FINMA de conduire les procédures en responsabilité introduites contre elle-même, et ce malgré les interrogations juridiques institutionnelles et constitutionnelles (notamment le respect des art. 29 à 30 Cst.) que peut soulever ce choix du législateur formel» (E. 4.2.4).

<sup>11</sup> Eigene Hervorhebungen.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32). Art. 19 Abs. 1 FINMAG verweist für die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals sowie der von der FINMA Beauftragten – unter Vorbehalt von Art. 19 Abs. 2 FINMAG – auf dieses Gesetz.

<sup>13</sup> Art. 19 VG regelt die Verantwortlichkeit der mit Aufgaben des Bundes betrauten, ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisationen und ihres Personals. Zum Anwendungsbereich dieser Bestimmung vgl. JOST GROSS/VOLKER PRIBNOW, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. A., Bern 2013, N 297; vgl. auch TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, 3. A., Basel 2017, N 223 ff.

se Version des Geschäftsreglements ist nicht öffentlich zugänglich. Nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) ist die FINMA (sowie die Schweizerische Nationalbank) vom Anwendungsbereich des BGÖ ausgenommen.



### C. Das Gericht stellt eine Ausstandspflichtverletzung des FINMA-Direktors fest

Das Bundesverwaltungsgericht untersuchte schliesslich die Frage nach der Vorbefassung der Mitglieder des ENA<sup>14</sup> und ging so weit auszuführen, dass nicht nachvollziehbar sei, wie diese Mitglieder unter der damals geltenden internen Zuständigkeitsordnung jemals auf faire und unvoreingenommene Weise über die im Verantwortlichkeitsverfahren aufgeworfenen Fragen hätten befinden können. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts:

«[...] Certes, l'organisation interne de la FINMA contraint les membres du comité précité à statuer dans la procédure d'enforcement puis d'indemnisation, soit à juger si dans le cadre de leur propre travail ils ont commis une violation d'un devoir de fonction essentiel ayant occasionné un dommage à un assujéti. Cela étant, malgré les hautes qualifications et la probité – présumée et nécessaire pour préserver la crédibilité de cette autorité – des membres du comité d'enforcement, également membres de la direction de la FINMA, *l'on ne perçoit pas comment ils pourraient traiter de manière équitable et impartiale des procédures visant à juger s'ils ont eux-mêmes correctement fait leur travail*. D'une part, ces procédures sont, dans une certaine mesure, de nature à mettre l'autorité qu'ils dirigent dans une situation pour le moins délicate. En effet, si la procédure introduite par la recourante le 4 décembre 2015 ne porte «que» sur environ 75 millions de francs, de telles procédures sont susceptibles de porter sur des centaines de millions, voir des milliards de francs suisses. D'autre part, l'on ne saurait totalement faire abstraction du fait que la reconnaissance par les membres du comité d'enforcement d'avoir fait une erreur occasionnant un dommage de quelques millions, ou plus, de francs à son employeur est de nature à remettre en cause leur statut et futur professionnel» (E. 4.3.3 mit eigener Hervorhebung).

Ein Mitglied des ENA, das an einem Enforcemententscheid mitgewirkt habe, könne nicht auch am darauffolgenden Verantwortlichkeitsprozess beteiligt sein und über Entschädigungsforderungen befinden, ohne befangen zu sein. Entsprechend hätte der Direktor der FINMA in den Ausstand treten müssen (E. 4.3.3, zweiter Absatz). Der zusätzliche Hinweis des Gerichts, dass die Beschwerdeantwort der FINMA nicht vom Direktor, sondern von einer Leiterin der Gruppe «Recht und Compliance» (zwei Hierarchiestufen unterhalb des Direktors) sowie von einem ihrer Mitarbeiter unterzeichnet worden war, suggerierte, dass die FINMA spätestens seit dem Eingang der Beschwerde die Tragweite der Problematik durchaus erkannt hatte (E. 4.3.3, zweiter Absatz am Schluss).

Abschliessend und zusammenfassend hielt das Bundesverwaltungsgericht einerseits fest, dass die interne Orga-

nisation der FINMA es verunmögliche, Staatshaftungsbegehren unter Einhaltung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 29 BV zu behandeln. Andererseits sei der Direktor der FINMA im vorliegenden Fall verpflichtet gewesen, in den Ausstand zu treten (E. 4.3.4).

### III. Anmerkungen zum Entscheid

#### A. Zulässigkeit der Beschwerde?

Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts, auf die Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung einzutreten, vermag zu verwundern. Das Gericht nannte die rechtlichen Grundlagen (Art. 45 und Art. 46 VwVG) und führte die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung an, folgte diesen Vorgaben aber nicht, auch wenn es in E. 2.5 auf die zitierte Rechtsprechung (in E. 2.3) verwies. Das Gericht leitete nämlich einen durch die Sistierung bewirkten nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG aus der unbestimmten Dauer der Verfahrensaussetzung ab. Es tat dies, obwohl A. die Verfahrensaussetzung nicht gestützt auf den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist angefochten hatte und sich auch nicht auf das Beschleunigungsgebot berief.<sup>15</sup> Folgt man der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, durfte deshalb aber auch nicht auf einen durch die Sistierung bewirkten nicht wiedergutzumachenden Nachteil geschlossen werden. Dass die Sistierung *sine die* und damit für eine unbestimmte Dauer angeordnet wurde, änderte daran nichts.<sup>16</sup> Die Beschwerdeführerin hatte ihr schutzwürdiges Interesse an der Beschwerde mit der Verletzung der Regeln über den Ausstand begründet. Zudem hatte sie argumentiert, dass die Verfahrensaussetzung geeignet sei, ihre Beweisführung zu gefährden (E. 2.4.1). Das Bundesverwaltungsgericht ging jedoch nicht auf diese Vorbringen ein.

Vermutungsweise lag der Grund für das vom Gericht gewählte Vorgehen in der Ausstandsthematik. Aus verfahrensrechtlicher und prozessökonomischer Sicht gilt nämlich der Grundsatz, dass über Ausstandsgründe möglichst rasch entschieden werden soll. Deshalb sind Verfahrensbeeteiligte aufgefordert, Ausstandsgründe zu rügen, sobald sie von ihnen Kenntnis haben, und sieht Art. 45 Abs. 1 VwVG eine Beschwerdemöglichkeit gegen Zwischenverfügungen über Ausstandsbegehren vor, die rasch zu ergreifen ist. Eine spätere Anfechtung im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens

<sup>14</sup> In den Worten des Gerichts: «[...] [I]es personnes physiques qui composent le comité d'enforcement.»

<sup>15</sup> Dass die Frage der Rechtsverweigerung Gegenstand eines anderen Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht ist (A-2252/2016), hatte das Bundesverwaltungsgericht in E. 1.1 ausdrücklich festgehalten.

<sup>16</sup> Vgl. E. 2.3 mit Verweis auf BGE 138 IV 258 E. 1.1; 134 IV 43 E. 2; BGer, 8C\_479/2015, 18.12.2015, E. 2.4.

gegen den Endentscheid ist gemäss Art. 45 Abs. 2 VwVG – die Wiedererwägung und Revision vorbehalten<sup>17</sup> – ausgeschlossen.<sup>18</sup>

Im vorliegenden Fall war jedoch eine anfechtbare Zwischenverfügung im Sinne von Art. 45 VwVG nie ergangen. A. hatte kein Ausstandsbegehren bei der FINMA eingereicht, sondern erst in der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht eine Verletzung der Vorschriften über den Ausstand geltend gemacht. Dies war der frühestmögliche Zeitpunkt, hatte A. doch erst der Sistierungsverfügung entnommen, dass der Direktor der FINMA auch in das Verantwortlichkeitsverfahren involviert war. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Beschwerdeführerin denn auch als legitimiert, die Ausstandsgründe im Beschwerdeverfahren vorzubringen (E. 3.3.2). Vor diesem Hintergrund waren es wohl verfahrensrechtliche Überlegungen, welche das Gericht veranlassten, auf die Beschwerde einzutreten. Hätte das Gericht die Beschwerde nämlich als unzulässig abgewiesen, wäre der Beschwerdeführerin nichts anderes übrig geblieben, als die Verletzung der Ausstandspflicht in einer Beschwerde gegen den Endentscheid über ihre Entschädigungsforderung erneut vorzubringen.<sup>19</sup> Das Gericht hätte folglich die Verletzung der Ausstandsregeln zu einem viel späteren Zeitpunkt feststellen und den Sachentscheid der FINMA als Ganzes aufheben müssen.<sup>20</sup> Dass dies nicht im Sinne der Verfahrensbeteiligten und auch schlecht mit dem Grundsatz der Prozessökonomie vereinbar gewesen wäre, liegt auf der Hand. Insofern ist der Entscheid des Gerichts, auf die Beschwerde einzutreten, durchaus nachvollziehbar.

Aus formeller Sicht waren die dafür notwendigen Voraussetzungen nach Art. 46 VwVG jedoch nicht erfüllt.

## B. Unterschiedliche Anforderungen an die unabhängige und unparteiische Beurteilung durch Gerichte und Verwaltungsbehörden?

### 1. Stand der Lehre und Rechtsprechung

Der Satz, mit welchem das Bundesverwaltungsgericht in E. 4.1.1 die Prüfung des Ausstands einleitet, lässt aufhorchen. Danach sind die Vorschriften über den Ausstand für Verwaltungsbehörden weniger streng als für Justizbehörden.<sup>21</sup> Was hat es mit dieser Aussage auf sich und inwiefern trifft sie auch auf die FINMA zu?

Bereits aus dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 BV lässt sich entnehmen, dass der Anspruch, von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Spruchkörper beurteilt zu werden, auf *gerichtliche* Verfahren Anwendung findet. Der auf Verwaltungsverfahren anwendbare Art. 29 BV spricht diese Garantien nicht explizit an. Gleichwohl ist unbestritten, dass auch in nichtrichterlichen Verwaltungsverfahren ein Mindestmass an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewährleistet sein muss. Insbesondere die Regel, «dass niemand in eigener Sache Richter sein kann», hat das Bundesgericht schon früh «als Fundamentalsatz einer geordneten Rechtspflege» bezeichnet.<sup>22</sup> Auf dieser «verfassungsrechtlichen Minimalgarantie»<sup>23</sup> baute es eine Rechtsprechung auf, die einen Anspruch auf Unbefangenheit der Verwaltungsinstanzen anerkennt.<sup>24</sup> Heute wird der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung und damit auf ein faires Verfahren aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet, unabhängig davon, ob das Verfahren vor einem Gericht oder einer Behörde stattfindet.<sup>25</sup>

Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 BV verfolgen somit dieselben Ziele, wenn sie ein Verfahren zu ermöglichen suchen, in das keine sachfremden Überlegungen einfließen

<sup>17</sup> Vgl. Art. 58 und Art. 66 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 VwVG.

<sup>18</sup> Wer Ausstandsgründe nicht unverzüglich geltend macht, sondern sich auf ein Verfahren einlässt, verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen. Vgl. z.B. BGE, 1C\_164/2018, 10.7.2018, E. 1.5; BGE 140 I 271 E. 8.4.3; 132 II 485 E. 4.3 m.w.H.; vgl. auch BGE 140 I 240 E. 2.4, auf welchen das Bundesverwaltungsgericht in E. 3.3.2 verweist. Vgl. zudem STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, Art. 10 N 19, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, *Praxiskommentar VwVG*); RETO FELLER, Art. 10 N 35, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. FELLER, *Kommentar VwVG*).

<sup>19</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 2 VwVG.

<sup>20</sup> Vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 440 m.w.H.; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHLMOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. A., Basel 2014, N 305; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, *Praxiskommentar VwVG* (FN 18), Art. 10 N 109; vgl. auch z.B. BGE 132 V 93 E. 6.2.

<sup>21</sup> Vgl. dazu oben II.B.

<sup>22</sup> BGE 33 I 143 E. 3; vgl. auch BGE 38 I 91, 95 f.

<sup>23</sup> REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Diss. Bern, Bern 2001, 77.

<sup>24</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung stützte sich dabei in verschiedenen Entscheiden auf die Garantie der Rechtsgleichheit nach Art. 4 aBV. Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. A., Bern 2008, 948 m.w.H.; DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen 2013, N 318 m.w.H. Zu den historischen Hintergründen vgl. KIENER (FN 23), 23 f.; BENJAMIN SCHINDLER, *Die Befangenheit der Verwaltung*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2002, 34 ff.

<sup>25</sup> Vgl. KIENER (FN 23), 78 m.w.H.

und das schliesslich in einen gerechten Entscheid mündet.<sup>26</sup> Aus diesem Grund wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass alle rechtsprechenden Behörden grundsätzlich über das gleiche Mass an innerer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verfügen müssen, unbeschadet des institutionellen Rahmens, in welchem die Rechtsanwendung stattfindet.<sup>27</sup>

Diese grundsätzliche Gleichstellung widerspricht somit dem einleitenden Satz des Bundesverwaltungsgerichts und damit dem in der Praxis wiederkehrenden Verständnis, wonach für die Unbefangenheit von nichtgerichtlichen Verwaltungspersonen nicht der gleich strenge Massstab angewendet werden soll wie für Richterinnen und Richter,<sup>28</sup> weshalb die Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV nicht unbeschadet auf Verwaltungsverfahren übertragen werden können.<sup>29</sup> Als Ausgangspunkt für eine Prüfung aufgefasst, schliesst die grundsätzliche Gleichstellung der Verfahren die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls jedoch nicht aus<sup>30</sup> und diese ist für eine differenzierte Handhabung entscheidend.

Unterschieden werden beispielsweise die subjektive und die objektive Unabhängigkeit der entscheidenden Behörden. Von der *subjektiven Unabhängigkeit* ist die Rede, wenn es um den Anspruch des Einzelnen geht, dass jene Behördenmitglieder, die am Verfahrensgegenstand ein eigenes persönliches Interesse haben, in den Ausstand treten. In solchen Konstellationen kommt Art. 29 Abs. 1 BV ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend identischer Gehalt zu.<sup>31</sup> Hingegen führen regelmässig organisatorische Unterschiede von Gerichten und Verwaltungsbehörden dazu, dass nicht die gleiche *objektive Unabhängigkeit* für Verwal-

tungsbehörden wie für Gerichtsinstanzen verlangt wird.<sup>32</sup> Die Verwaltungsbehörden sind oftmals derart in die Exekutive eingebunden, wie es das Gewaltenteilungsprinzip für die Gerichte nicht zulassen würde.<sup>33</sup> Zudem sind Verwaltungsbehörden nicht nur mit der objektiven Rechtsanwendung betraut, sie finden sich regelmässig auch in der Rolle als Träger öffentlicher (Eigen-)Interessen und als Entscheidungsinstanz.<sup>34</sup> Insbesondere wenn sich Verwaltungsbehörden in ihrer amtlichen Tätigkeit mehrfach mit einer spezifischen Frage auseinanderzusetzen haben – sich also die Frage stellt, ob eine Vorbefassung im konkreten Fall zur Befangenheit führt –, geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung regelmässig von einem weniger strengen Unabhängigkeitsmassstab aus als für Richterinnen und Richter.

## 2. Anforderungen an die FINMA im Besonderen

Eine besondere Stellung innerhalb der Verwaltung nehmen Aufsichtsbehörden ein. Als Vollzugs- oder Administrativbehörden<sup>35</sup> werden sie zur dezentralen Bundesverwaltung gezählt und damit zur Exekutive.<sup>36</sup> Gleichwohl kommen ihnen vereinzelte Rechtsetzungsbefugnisse ebenso wie «quasirichterliche»<sup>37</sup> Aufgaben zu, wenn sie rechtsanwendend tätig sind und Entscheidungskompetenzen wahrnehmen.<sup>38</sup>

<sup>26</sup> KIENER (FN 23), 78.

<sup>27</sup> KIENER (FN 23), 78 f.; ALFRED KÖLZ, Art. 58a BV N 27 m.w.H., in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Diss. Bern, Bern 2001, 525 f.; MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 948 f.; vgl. auch BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG (FN 18), Art. 10 N 19.

<sup>28</sup> Vgl. BGer, 2C\_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1 (auf diesen Entscheid verweist auch das Bundesverwaltungsgericht in E. 4.1.1).

<sup>29</sup> Vgl. z.B. BGE 125 I 119 E. 3; 140 I 326 E. 5.2; 137 II 431 E. 5.2; BGer, 2C\_187/2011, 28.7.2011, E. 3.1; vgl. auch GEROLD STEINMANN, Art. 29 BV N 35, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. STEINMANN, St. Galler Kommentar); BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 36 m.w.H., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-WALDMANN).

<sup>30</sup> Vgl. so auch KIENER (FN 23), 79.

<sup>31</sup> BSK BV-WALDMANN (FN 29), Art. 29 N 35 f.; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 20), N 428 m.w.H.; THURNHERR (FN 24), N 383.

<sup>32</sup> Vgl. BSK BV-WALDMANN (FN 29), Art. 29 N 36 mit Verweis auf BGE 125 I 119 E. 3d–f. Generell zu den Unterschieden zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten vgl. SCHINDLER (FN 24), 67 ff.

<sup>33</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 20), N 427; vgl. auch THURNHERR (FN 24), N 315.

<sup>34</sup> THURNHERR (FN 24), N 314 m.w.H.

<sup>35</sup> Vgl. ROLF H. WEBER/GIOVANNI BIAGGINI, Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen, Zürich/Basel/Genf 2002, 77.

<sup>36</sup> Vgl. Anhang 1 zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) mit einer Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung gemäss Art. 8 Abs. 1 RVOV.

<sup>37</sup> So bezeichnet wurde die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) in BGE 122 II 471 E. 2 m.w.H.; BGE 138 I 154 E. 2.7 rückte das Beschwerdeverfahren vor der UBI allerdings «eher» in die Nähe einer «besonders gelagerten Aufsichtsbeschwerde» als in die eines gerichtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

<sup>38</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt Weisungsunabhängigkeit jedoch nicht, um als Gericht bezeichnet zu werden: «So gelten auch die Wettbewerbskommission, die Kommunikationskommission oder die frühere Bankenkommission bzw. die heutige FINMA nicht als Gerichte im Sinne von Art. 6 EMRK, sondern sind Behördenkommissionen, die zur dezentralen Bundesverwaltung gehören [...], obwohl auch sie unabhängig sind und nicht weisungsgebunden entscheiden» (BGE 138 I 154 E. 2.7 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Vgl. in diesem Sinne auch BGer, 2C\_931/2015, 12.10.2016, E. 5.2 zur Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte des Kantons Genf sowie BGE 139 I 72 E. 4.3 zur Wettbewerbskommission (WEKO).



Dies trifft in besonderem Masse auf die FINMA zu,<sup>39</sup> deren Unabhängigkeit besonders betont wird und in Art. 21 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) auch festgeschrieben ist. Danach übt die FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit<sup>40</sup> «ihre Aufsichtstätigkeit selbständig und unabhängig aus». Durch ihre institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit ist sie autonom in ihrer internen Organisation und vom Verwaltungshaushalt losgelöst. Ferner erlaubt ihre funktionelle Unabhängigkeit gegenüber den politischen Behörden und insbesondere gegenüber dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD), dem sie administrativ zugeordnet ist,<sup>41</sup> weisungsungebunden zu agieren.<sup>42</sup> Die Verfügungen der FINMA unterliegen zwar der gerichtlichen Überprüfung,<sup>43</sup> nicht aber einer verwaltungsinternen Nachkontrolle.<sup>44</sup>

Insgesamt kommt der FINMA erhebliche Entscheidungsfreiheit und ein weitreichendes Ermessen zu, wie sie ihre umfassenden Kompetenzen im Bereich der Finanzmarktaufsicht wahrnehmen möchte, die ihr nicht zuletzt auch erlauben, in schwerwiegender Weise in die Rechte der Beaufsichtigten einzugreifen.<sup>45</sup> Vor diesem Hintergrund rückte bereits die Botschaft des Bundesrates die FINMA in die Nähe einer Justizbehörde<sup>46</sup> und auch das Bundesverwaltungsgericht folgte dieser Einschätzung in einem früheren, sehr weitgehenden Entscheid.<sup>47</sup> Darin führte es aus,

dass die Anforderungen an die persönliche Unabhängigkeit der FINMA-Mitarbeitenden ähnlich streng seien wie jene, welche für Gerichtspersonen nach Art. 30 BV gelten. Die Tatsache, dass die FINMA auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen habe, ändere «nichts am rechtsstaatlichen Erfordernis, dass sie die zu beurteilende Sachlage im Einzelfall unparteiisch und unbefangen handhaben muss».<sup>48</sup>

Angesichts dieser Rechtslage muss dem Einleitungssatz des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall widersprochen werden. Für die Beurteilung der Unbefangenheit der FINMA-Mitarbeitenden kommt ein strenger Massstab zur Anwendung. Darüber hinaus war in diesem Fall besonders zu beachten, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK, der auf die «nichtgerichtlichen» Verfahren vor der FINMA eigentlich als nicht anwendbar gilt,<sup>49</sup> dennoch zur Anwendung gelangt ist, weil Schadenersatzforderungen gegenüber dem Gemeinwesen als zivilrechtliche Ansprüche im Sinne dieser Bestimmung gelten.<sup>50</sup> Wie sogleich aufgezeigt wird, unterzog das Bundesverwaltungsgericht die interne Organisation der FINMA sowie die Ausstandspflicht ihres Direktors denn auch einer strengen Prüfung.

### C. Die interne Organisation der FINMA und der Anspruch auf eine faire Beurteilung im Staatshaftungsverfahren

Mit Blick auf die Rechtslage nach Art. 19 VG vermag das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vielleicht auf den ersten Blick zu erstaunen. Nach Art. 19 Abs. 3 VG i.V.m. Art. 19 FINMAG sind Haftungsansprüche gegen die FINMA nämlich direkt bei ihr einzureichen. Sie erlässt über streitige Ansprüche eine Verfügung, gegen welche wiederum nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege vorgegangen werden kann.<sup>51</sup> Mit Art. 19 Abs. 3 VG lässt der Gesetzgeber somit zu, ja sieht sogar vor, dass die in der Sache zuständige Behörde auch über streitige Verantwortlichkeitsansprüche entscheidet, und nimmt in Kauf, dass dadurch institutionelle und verfassungsrechtli-

<sup>39</sup> Auch die FINMA wird zu den Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung gezählt und als solche im Anhang 1 zur RVOV aufgeführt.

<sup>40</sup> Art. 4 Abs. 1 FINMAG.

<sup>41</sup> Vgl. Anhang 1 zur RVOV.

<sup>42</sup> Vgl. BSK FINMAG-POLEDNA/DO CANTO, Art. 21 N 4 ff., in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 54 FINMAG.

<sup>44</sup> Jedoch bestehen Einflussmöglichkeiten der politischen Behörden: Art. 21 Abs. 4 FINMAG sieht vor, dass die eidgenössischen Räte die Oberaufsicht über die FINMA ausüben und gemäss Art. 21 Abs. 2 FINMAG erörtert die FINMA mit dem Bundesrat die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Finanzplatzpolitik. Der Bundesrat fungiert zudem als Wahlbehörde des FINMA-Verwaltungsrats und bestimmt den Präsidenten oder die Präsidentin und den Vizepräsidenten oder die Vizepräsidentin (Art. 9 Abs. 3 FINMAG). Er genehmigt u.a. die Wahl des Direktors oder der Direktorin (Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG) ebenso wie den vom Verwaltungsrat erstellten Geschäftsbericht (Art. 9 Abs. 1 lit. f FINMAG). Ausserdem kommen ihm wesentliche Rechtsetzungsbefugnisse zu (Art. 55 Abs. 1 FINMAG). Schliesslich ist die FINMA nach Art. 22 FINMAG verpflichtet, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit periodisch zu informieren.

<sup>45</sup> Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), BBl 2006 2829 ff. (zit. Botschaft FINMAG), 2836 f.; vgl. auch BVGer, B-2703/2010, 6.7.2010, E. 2.1.

<sup>46</sup> Botschaft FINMAG (FN 45), 2836.

<sup>47</sup> BVGer, B-2703/2010, 6.7.2010.

<sup>48</sup> BVGer, B-2703/2010, 6.7.2010, E. 2.1 mit Verweis auf KIENER (FN 23), 129.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7 m.w.H. (vgl. FN 38 oben); 139 I 72 E. 4.3 zur WEKO; vgl. auch REGINA KIENER/FABIENNE LAUBSCHER, Art. 22 KG N 4 mit Verweis auf FELLER, Kommentar VwVG (FN 18), Art. 10 N 1, in: Roger Zäch/Ruth Arnet/Marino Baldi/Regina Kiener/Olivier Schaller/Felix Schraner/Adrian Spühler (Hrsg.), Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich/St. Gallen 2018.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 134 I 331 E. 2.1; BGer, 2C\_58/2016, 27.3.2017, E. 5.5; 2C\_84/2012, 15.12.2012, E. 3.1; BGE 130 I 388 E. 5.1 und E. 5.3 m.w.H., u.a. auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 3 VG sowie Art. 53 Abs. 1 FINMAG.

che Fragen aufgeworfen werden.<sup>52</sup> Diese Problematik erwähnte auch das Bundesverwaltungsgericht in diesem Fall, auch wenn es sich mit Kritik an Art. 19 VG zurückhielt.<sup>53</sup>

Lehre und Rechtsprechung scheinen sich mit dieser Bestimmung weitgehend arrangiert zu haben. So wird ausgeführt, die «Selbststrafung» schaffe Wiedergutmachungsmöglichkeiten. Darüber hinaus wird insbesondere betont, dass die Verfügungen der entscheidenden Organisationen an zwei unabhängige Gerichtsinstanzen weitergezogen werden können und somit der Organisation ermöglichen, zu den Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen Stellung zu nehmen. Dabei wird davon ausgegangen, dass in aller Regel nicht dieselbe Abteilung für die Behandlung der Schadenersatzbegehren zuständig ist, die sie selbst ausgelöst hat, und zudem involvierte Personen in den Ausstand treten.<sup>54</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht machte mit seinem Urteil allerdings deutlich, dass es von strengeren Anforderungen an das Verfahren nach Art. 19 VG ausgeht. So hielt es mehrfach fest, dass das vorliegende Verfahren den Anforderungen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu genügen hatte, wonach der Einzelne Anspruch darauf hat, dass seine Sache von einem unabhängigen und unparteiischen Spruchgremium objektiv entschieden wird. Das Verfassen einer einseitigen «Stellungnahme» würde diesen Vorgaben nicht genügen.<sup>55</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht beanstandete die interne Organisation der FINMA zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen v.a. mit Blick auf die weitgehende Eigenverantwortung, welche der FINMA nach Art. 19 Abs. 3 VG zukommt. Damit bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis – noch bevor es auf die personellen Ausstandsgründe des Direktors zu sprechen kam – die im

Hinblick auf die Gerichte konstante Rechtsprechung, wonach auch die Organisation eines Verfahrens objektiv den Anschein von Befangenheit zu begründen vermag.<sup>56</sup> In der Tat hätte eine andere interne Zuständigkeitsordnung die mit Art. 19 Abs. 3 VG einhergehende Gefahr der Befangenheit in diesem Fall wahrscheinlich entschärfen können; die FINMA hätte über die notwendigen Kompetenzen verfügt, um ihre Aufgaben behördenintern geschickter zu verteilen.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts führte denn auch dazu, dass die FINMA die internen Zuständigkeiten für die Beurteilung von Staatshaftungsansprüchen neu regelte und die überarbeiteten Organisations- und Geschäftsreglemente zum ersten Mal auf der FINMA-Website veröffentlichte.<sup>57</sup> Staatshaftungsansprüche werden nun von einem Ausschuss des FINMA-Verwaltungsrates beurteilt, dem «Übernahme- und Staatshaftungsausschuss», dessen Mitglieder nicht an Enforcementverfahren beteiligt sind. Die Gruppe «Recht und Compliance» führt die Staatshaftungsverfahren; die Verfügungen des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses werden von dessen Vorsitzenden zusammen mit einem Mitarbeitenden von Recht und Compliance unterzeichnet.<sup>58</sup> Der neu ins Geschäftsreglement eingefügte Art. 12b mit dem Titel «Zuständigkeit im Bereich Verantwortlichkeitsverfahren» lautet folgendermassen:

«<sup>1</sup> Recht und Compliance führt die Verfahren im Bereich des Verantwortlichkeitsgesetzes sowie die entsprechenden Beschwerdeverfahren.

<sup>2</sup> Verfahrensleitende Entscheide werden grundsätzlich von Recht und Compliance gefällt.

<sup>3</sup> Entscheide nach Absatz 2 mit besonderer Bedeutung werden dem Übernahme- und Staatshaftungsausschuss vorgelegt.

<sup>4</sup> Die interne Organisation von Recht und Compliance stellt die Einhaltung von allfälligen Ausstandspflichten sicher.»

Weil die Leitung von Recht und Compliance mit beratender Stimme aber auch an den Sitzungen des ENA teilnimmt, zu dessen Sitzungsgeschäften Stellung zu nehmen hat und ausserdem dessen Sekretariat sowie das Protokoll führt,<sup>59</sup> wirft

<sup>52</sup> Vgl. YVO HANGARTNER, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, 131 ff., 140 (bzw. Fn 138), 148, der mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 VG von einer «groteske[n] – um nicht zu sagen perverse[n] – Regelung» spricht bzw. von einer «staatsrechtliche[n] Perversion, den Bock (die «zuständige», d.h. involvierte Behörde) zum Gärtner zu machen». Die Entscheidung durch eine Partei sei das Gegenteil rechtsstaatlicher Streiterledigung. Vgl. auch MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 949, die es als eine fragwürdige Praxis erachten, wenn Rechtsuchende zunächst vor Instanzen Recht suchen müssen, die als befangen erscheinen, bevor sie Zugang zu einer unparteilichen Beurteilung durch ein Gericht erhalten.

<sup>53</sup> Vgl. oben II.B.

<sup>54</sup> Vgl. MARCEL WÜRMLI, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss. Bern, Bern 2010, N 423; vgl. auch Eidgenössische Rekurskommission für die Staatshaftung, HRK 2001-004, 15.2.2002, E. 3a, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 2002, Nr. 52, 621 ff.; OGer BE, I. Zivilkammer, ZK 17 176, 2.11.2017, E. 21.3; KGer BL, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 820 16 31, 7.9.2016, E. 4.5.3–4.5.5.

<sup>55</sup> Vgl. so auch JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. A., Bern 2001, 362.

<sup>56</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (FN 24), 937 und 942 ff. m.w.H., allerdings auf die Rechtsprechung zum Anspruch auf unabhängige und unparteiische Richterinnen und Richter.

<sup>57</sup> Neu sind das überarbeitete Geschäftsreglement der FINMA (Stand: 15. März 2018, genehmigt durch den Verwaltungsrat am 8. März 2018) sowie das überarbeitete Organisationsreglement der FINMA vom 18. Dezember 2008 (Stand: 7. Dezember 2017) erhältlich unter <https://www.finma.ch/de/dokumente> (Abruf 12.9.2018).

<sup>58</sup> Vgl. das Mandat des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses des Verwaltungsrates vom 7. Dezember 2017, Abschnitt B, erhältlich unter <https://www.finma.ch/de/finma/organisation/verwaltungsrat> (Abruf 12.9.2018).

<sup>59</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 des Geschäftsreglements (FN 57).



allerdings auch diese neue Lösung Fragen auf. Der Bundesrat – im Rahmen einer Interpellation mit entsprechender Kritik konfrontiert<sup>60</sup> – führte dazu aus, dass sich Recht und Compliance aufgrund des Bundesverwaltungsgerichtsurteils so organisiert habe, dass Mitarbeitende fix entweder Staatshaftungsverfahren führen oder den ENA betreuen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass keine Mitarbeitenden von Recht und Compliance Staatshaftungsverfahren betreuen, wenn sie bereits in die entsprechenden Enforcementverfahren involviert waren.<sup>61</sup>

Dass es schwierig ist, eine effektive Trennung zwischen den involvierten Stellen derselben Behörde so durchzusetzen, dass den Anforderungen an einen unabhängigen und unvoreingenommenen Spruchkörper Genüge getan wird, liegt auf der Hand. Die Gefahr, dass auch unter der neuen Regelung den Erwägungen des «hauseigenen» ENA tendenziell gefolgt wird und dessen Entscheide grundsätzlich Bestätigung finden, ist offenkundig.<sup>62</sup> Wie auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid andeutete, würde die Situation wohl erst dann entschärft, wenn die Legislative die Kompetenz für Haftungsklagen gegen die mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisationen neu delegieren würde. Der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin schlug vor, in Fällen, welche die FINMA betreffen, beispielsweise das Eidgenössische Finanzdepartement einzubeziehen<sup>63</sup> – ein Vorschlag, der in der Folge auch in einer Interpellation von Nationalrat Keller aufgegriffen wurde.<sup>64</sup> Wie der Bundesrat zu Recht ausführte, müsste ein derartiger Systemwechsel jedoch die Rechtslage sämtlicher ausgelagerter Organisationen des Bundes berücksichtigen.<sup>65</sup> Eine solche gesetzgeberische

Anpassung von Art. 19 VG ist derzeit nicht in Sicht. Bis auf Weiteres kommt somit der internen Aufgabenverteilung und Organisationsstruktur entscheidende Bedeutung zu.

#### D. Verletzung der Ausstandsregeln durch die Vorbefassung des FINMA-Direktors

Das Bundesverwaltungsgericht liess es nicht bei der Feststellung der ungenügenden Organisation der FINMA bewenden, sondern bestätigte in der Folge auch, dass der Direktor der FINMA die Vorschriften über den Ausstand verletzt hatte. Dass er im (sistierten) Verantwortlichkeitsverfahren einen Ausstandsgrund zu beachten gehabt hätte, begründete das Gericht mit dem Umstand, dass er als Mitglied des ENA auch an den Entscheiden vom 5. und 12. Dezember 2014 mitgewirkt hatte. Das Bundesverwaltungsgericht ging somit von einem Fall einer problematischen Vorbefassung aus, der sich unter die Auffangklausel von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG<sup>66</sup> (sowie auch Art. 14 Abs. 1 lit. e Verhaltenskodex FINMA) subsumieren lässt; es nannte die konkret anwendbaren Bestimmungen nicht, obwohl es die einschlägigen Ausstandsvorschriften in E. 4.1.1–4.1.3 aufführte.

Die Vorbefassung begründet dann einen Ausstandsgrund, wenn sich die Entscheidungsbefugten im Rahmen ihrer Mitwirkung an früheren Entscheiden in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkreten Rechtsfragen derart festgelegt haben, dass das Verfahren nicht mehr als offen, sondern als vorbestimmt erscheint.<sup>67</sup> Nach der Rechtsprechung ist es dabei nicht massgeblich, ob die betreffende Partei tatsächlich befangen ist, und auch auf den subjektiven Eindruck der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es nicht an. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die objektiv den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen.<sup>68</sup> Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson voreingenommen erscheint, entscheidet sich mit Blick auf den Einzelfall, u.a. unter Berücksichtigung der Verfahrensart, der Funktion oder des Streitgegenstands

<sup>60</sup> Vgl. Interpellation 18.3213, «Nachfassen wegen ungenügender Beantwortung der Interpellationen 17.4022 und 17.4082», eingereicht von NR Claudio Zanetti am 15.3.2018; vgl. auch Interpellation 17.4022, «Verfassungswidrigkeit der internen Organisation der Finma gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes», eingereicht von NR Claudio Zanetti am 6.12.2017 (die Interpellationen ebenso wie die Stellungnahmen des Bundesrates sind erhältlich unter <https://www.parlament.ch> [Abruf 12.9.2018]).

<sup>61</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 9.5.2018 zur Interpellation 18.3213.

<sup>62</sup> Vgl. auch KIENER (FN 23), 129 f.; THURNHERR (FN 24), N 388 f.

<sup>63</sup> Vgl. JORGOS BROUZOS, Ohrfeige für die Finanzmarktaufsicht, Tagesanzeiger vom 23.11.2017, <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/geld/ohrfeige-fuer-die-finanzmarktaufsicht/story/14340385> (Abruf 12.9.2018).

<sup>64</sup> Interpellation 17.4082, «Verfassungswidrigkeit der internen Organisation der Finma gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes», eingereicht von NR Peter Keller am 13.12.2017.

<sup>65</sup> Der Bundesrat führte aus, die neue Regelung der Zuständigkeit für streitige Staatshaftungsansprüche der FINMA gewährleiste «die für Verwaltungsbehörden geforderte Unabhängigkeit und Unbe-

fangenheit im Rahmen des rechtlich Möglichen». Insofern sei eine eigenständige Lösung für das Verantwortlichkeitsverfahren vor der FINMA nicht angezeigt (vgl. Stellungnahmen des Bundesrates vom 31.1.2018 zur Interpellation 17.4082 sowie vom 9.5.2018 zur Interpellation 18.3213).

<sup>66</sup> Vgl. FELLER, Kommentar VwVG (FN 18), Art. 10 N 30; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG (FN 18), Art. 10 N 71 ff.

<sup>67</sup> Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 20), N 432 m.w.H.; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, Praxiskommentar VwVG (FN 18), Art. 10 N 74 f.; THURNHERR (FN 24), N 388.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2 m.w.H.; BGer, 2C\_583/2011, 25.10.2011, E. 4.2; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 20), N 435 m.w.H.; MÜLLER/SCHIEFER (FN 24), 937; SCHINDLER (FN 24), 91 f.

des konkreten Verfahrens.<sup>69</sup> Dabei fällt z.B. in Betracht, welche Fragen in den zu beurteilenden Verfahren zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Ferner spielt allenfalls auch der Umfang des Entscheidungsspielraums der Behörden bei der Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen eine Rolle.<sup>70</sup>

Für das Bundesverwaltungsgericht genügte in diesem Fall die Tatsache, dass der Direktor als Mitglied des ENA hinter den verfügten Massnahmen stand und den Sistierungsentscheid im Verantwortlichkeitsverfahren unterzeichnet hatte, um von seiner Befangenheit auszugehen. Das Gericht diskutierte weder die Frage, in welchem Umfang der Direktor in die Erarbeitung der Enforcemententscheide (die er ja selbst gar nicht unterzeichnet hatte) effektiv involviert war, noch den Umstand, inwiefern er sich tatsächlich eine vorgefasste Meinung über den Ausgang des Verantwortlichkeitsverfahrens gebildet hatte. Gestützt auf das Geschäftsreglement der FINMA stellte das Gericht vielmehr seine Beteiligung an beiden Verfahren fest und schloss daraus auf seine potenzielle Befangenheit.

Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege und unter Berücksichtigung der häufig anzutreffenden Mehrfachzuständigkeiten im Verwaltungsverfahren heisst die Rechtsprechung Ausstandsbegehren gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend beteiligt waren, nicht leichthin gut.<sup>71</sup> Dies bestätigt auch die Rechtsprechung zur FINMA. So reichte beispielsweise die Tatsache, dass der ehemalige Präsident der FINMA während Jahrzehnten bei der UBS AG gearbeitet hatte, für sich allein nicht aus, um in einem Verfahren gegen die UBS AG seinen Ausstand zu begründen.<sup>72</sup> Ferner verletzte ein FINMA-Mitarbeiter, der im Rahmen der laufenden Aufsicht über eine Unternehmensgruppe eine führende Rolle einnahm, die Ausstandspflicht nicht, als er in einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden eingreifenden Verfahren mitwirkte. Entscheidend war

dabei u.a., dass ihm im Enforcementverfahren keine federführende Rolle zukam.<sup>73</sup>

Im hier vorliegenden Fall namentlich zu beachten war der Umstand, dass die zwei betreffenden Verfahren in einem besonderen Verhältnis zueinander standen. Im Rahmen des Verantwortlichkeitsverfahrens sollte ja untersucht werden, ob die FINMA der Beschwerdeführerin durch die Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen einen widerrechtlichen Schaden zugefügt hatte. Wie eine solche Frage objektiv beurteilt werden sollte durch eine Person, welche die Enforcemententscheide selbst mitgetragen hatte, ist kaum vorstellbar, stand doch letztlich die Frage nach der Richtigkeit der im Enforcementverfahren gefällten Entscheide im Raum und damit die Frage, ob die mitwirkenden Personen ihre Aufgaben korrekt erfüllt hatten. Wie das Bundesverwaltungsgericht selbst zu bedenken gab, lag damit nicht nur eine organisationsbedingte Kumulierung der Aufgaben des ENA vor, sondern waren auch persönliche Eigeninteressen der involvierten Personen (und damit auch des Direktors) betroffen. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der quasi lehrbuchartigen Gesamtumstände dieses Falles (einschneidende Aufsichtsmaßnahmen der FINMA führen zu einem Staatshaftungsverfahren; der Vorwurf der Ausstandspflichtverletzung trifft niemand Geringeres als den Direktor der FINMA und damit eine Person, welche die FINMA wie keine andere nach aussen repräsentiert<sup>74</sup>) war die gerichtliche Feststellung eines schweren Verstosses gegen die Ausstandsvorschriften durch den Direktor, welcher die Nichtigkeit des Sistierungsentscheids der FINMA nach sich zog, zum Schluss keine Überraschung.

<sup>69</sup> Vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 m.w.H.; 137 II 431 E. 5.2; 125 I 119 E. 3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 20), N 426; STEINMANN, St. Galler Kommentar (FN 29), Art. 29 BV N 35; vgl. kritisch dazu THURNHERR (FN 24), N 381; MÜLLER/SCHÉFER (FN 24), 949 f.

<sup>70</sup> BGE 114 Ia 50 E. 3d (bezüglich der Vorbefassung von Richterinnen und Richtern).

<sup>71</sup> Vgl. BGE 137 II 431 E. 5.2; vgl. auch BGer, 2C\_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1 m.w.H., wo das Bundesgericht ausführte, dass Stellungnahmen, die zur regulären Amtsausübung gehören bzw. in den Aufgabenbereich der Behörden fallen, im Allgemeinen nicht erlauben, dem Anschein nach von einer Befangenheit auszugehen, da andernfalls das Verwaltungsverfahren seiner Bedeutung entleert würde.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 137 II 431 E. 5.3. In diesem Fall stellte das Bundesgericht jedoch schliesslich eine Verletzung der Ausstandspflicht fest.

<sup>73</sup> Vgl. BVGE 2012/10 E. 2 mit Verweis auf BVGer, B-1583/2011, 8.6.2011, E. 5.1 und 5.4 f.

<sup>74</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 11 Geschäftsreglement FINMA (FN 57).